

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>MARIANA FRANCO KISSEMBERG</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES Y PORVENIR</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-004-2019-00053-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

**SENTENCIA No. 355**

Santiago de Cali, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°24 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 103 del 13 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 03 a 13; subsanación de la demanda folio 42 a 43 en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 50 a 67 y de PORVENIR obrantes en los folios 97 a 114, los cuales, en gracia de la brevedad y el principio de economía procesal, en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 103 del 13 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones de mérito formuladas por los demandados y como consecuencia, se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a PORVENIR.

A la par, ordenó a PORVENIR que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración.

Ordenó a COLPENSIONES que reciba por parte de PORVENIR la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, conservando para ese efecto la demandante, todos sus derechos y

garantías que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Por último, condenó en costas a PORVENIR y COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión el *A quo* expresó que teniendo en cuenta que el traslado de la accionante data del año 1996, calenda en la cual ya se encontraba vigente el estatuto orgánico del sistema financiero, PORVENIR S.A. tenía la obligación de informar de manera clara y suficiente a la demandante acerca de los particularidades del régimen, en orden a garantizar la transparencia en las operaciones que realicen y con elementos claros de juicio, que le permitan a aquella escoger las mejores opciones del mercado, además sobre los aspectos que componen y la diferencia entre cada régimen.

Indicó que brillaba por su ausencia alguna evidencia probatoria que indicara que efectivamente a esa afiliada se le brindó esa información clara, suficiente y veraz, por lo que prosperaba la solicitud de ineficacia reclamada.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación señalando que al momento en que la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías cumplió a cabalidad con el deber de información que le correspondía atendiendo a los parámetros establecidos en el año 1996, es decir, que la actora recibió la información necesaria, veraz y suficiente para comprender las consecuencias del traslado de régimen pensional que estaba realizando.

Indicó que el ordenamiento jurídico vigente en la época no establecía la exigencia de documentar la información brindada, pues solo bastaba con la firma del formulario de afiliación en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que considera se está sometiendo a un imposible jurídico y material a la AFP, pues se pretende que demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes para el momento de afiliación de la demandante y que nacieron con mucha posterioridad a través de líneas jurisprudenciales y luego, con normas legales y reglamentarias.

Considera que el deber de información no es unilateral y a la demandante también le asistía la obligación de informarse sobre las condiciones pensionales, pues es una persona que goza de plenas capacidades en los términos del artículo 1502 del Código Civil y que por disposición legal, la libertad de elección de régimen pensional está en cabeza de la afiliada.

En cuanto a la condena impuesta sobre devolución de rendimientos y gastos de administración resaltó que la misma no resultaba viable, pues si se entiende que la afiliación se tornó nula, debe entenderse que el vínculo nunca existió, la AFP nunca administró los aportes de la demandante, los rendimientos no se generaron, por lo que considera desproporcionado que se ordene devolver unos emolumentos generados por la buena gestión de la administradora, además que tales sumas tienen una destinación legal que ya fue utilizada.

Por ultimo reitera que su representada siempre actuó de buena fe con transparencia y rectitud de cara a la afiliación de la señora MARIANA FRANCO, garantizándole siempre que la finalidad del sistema general de seguridad social en pensiones se cumpliera a cabalidad frente a ella, asegurándole las contingencias de vejez, invalidez y muerte que le pudiera suscitar en la relación jurídica que ambos sostuvieron por más de 20 años.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida por el a-quo, en relación con la condena en costas,

indicando que la realización del traslado no estaba en cabeza de su defendida pues señala que estaba a cargo del fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la demandante, por lo tanto considera que se le debe absolver de dicha orden, pues la entidad actuó de buena fe y sometida a la ley.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que PORVENIR cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y rendimientos.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto: **(i)** que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 23 de enero de 1978 al 8 de agosto de 1996 (fl. 3) donde cotizó 764 semanas (fl. 29) **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR a partir del 01 de agosto de 1996 (fl. 115) cotizando allí 1.152 semanas; **(iii)** que solicitó su traslado al RPM recibiendo respuesta desfavorable por parte de COLPENSIONES mediante misiva del 16 de enero de 2019 (fl. 21).

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una*

*manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por la actora, nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

La asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Si bien a folios 27 y 28 se observa un análisis de la mesada pensional efectuada por PORVENIR en la que se indica a cuánto ascendería la prestación en el RAIS y se hacen cálculos comparativos frente a la cuantía en el RPM, dicha información se suministró a la afiliada cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aun cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad para el afiliado.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliada, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP PORVENIR a cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de ahí que no prospere tampoco en este sentido lo argüido por el recurrente pasivo. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de índole declarativo, y representan derechos que no están sometidos al efecto extintivo del

paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos, en consecuencia, al resultar vencida en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto que no deriva de su posición al momento de la afiliación, sino en el devenir de esta litis.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, se fijan como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 103 del 13 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

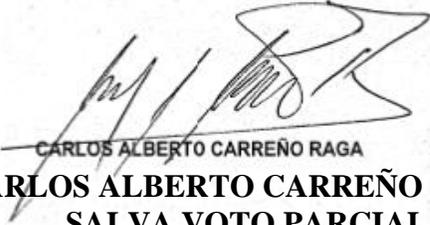
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, se fijan como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
*Se suscribe con firma estropeada por salubridad pública*  
*(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*

  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVA VOTO PARCIAL**